

# VU Research Portal

**Noot bij Rb Den Haag 12 juli 2000, VR 2001/20**

Akkermans, A.J.

2001

**document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

**citation for published version (APA)**

Akkermans, A. J., (2001). *Noot bij Rb Den Haag 12 juli 2000, VR 2001/20*, 8 p.

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Rb. 's-Gravenhage, 12-07-2000

Rb. 's-Gravenhage 12-07-2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AK4345

Instantie	Rechtbank 's-Gravenhage
Datum	12 juli 2000
Magistraten	Numann, Hagen, Bonneur
Zaaknummer	[2000-07-12/VR_10663]
LJN	AK4345
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Schadevergoeding Verbintenissenrecht / Algemeen Gezondheidsrecht (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:RBSGR:2000:AK4345, Uitspraak, Rechtbank 's-Gravenhage, 12-07-2000;
Wetgang	BW art. 6:96; BW art. 6:98; BW art. 6:108

## Essentie

**Geneeskundige behandelingsovereenkomst. Gemiste diagnose. Proportionele aansprakelijkheid. Schadebegroting op basis van een gemiste kans.**

## Samenvatting

*Ziekenhuis verwijst patiënt door naar de polikliniek van het ziekenhuis; de behandelend specialist aldaar is niet in dienst van het ziekenhuis. Art. 7:462 is nog niet van toepassing. De rechtbank neemt aan dat er een geneeskundige behandelingsovereenkomst is gesloten tussen het ziekenhuis en de patiënt, omdat de patiënt redelijkerwijs mocht aannemen dat de specialist in dienst was van het ziekenhuis. Het had op de weg van het ziekenhuis gelegen om de patiënt te informeren over de aard van de verhouding tussen ziekenhuis en specialist. Het ziekenhuis is daarom ex art. 6:76 aansprakelijk voor de gedragingen van de specialist; de specialist is jegens de patiënt aansprakelijk op grond van art. 6:162. De specialist maakt een kunstfout door een patiënte niet de definitieve uitslag van een mammapunctie mee te delen, waardoor zij niet op de hoogte is gesteld van het daarbij behorende advies om zich na een half jaar te laten controleren. Enige tijd later wordt bij de patiënte een carcinoom geconstateerd en lijdt zij schade.*

*De rechtbank oordeelt dat voor een schadebegroting op basis van een gemiste kans alleen plaats is wanneer er onzekerheid bestaat over het causaal verband, hetgeen voor iedere schadepost afzonderlijk*

# Uitspraak

(wijlen) L.M. van E.,

eiseres,

procureur: mr L.M. Bruins,

*tegen*

1. Stichting Algemeen Ziekenhuis Zoetermeer,

2. L.J.J.P. S.,

gedaagden,

procureur: mr H.J.A. Knijff.

*Post alia:*

*Rechtsoverwegingen*

1. De rechtbank zal eerst ingaan op de vraag of het ziekenhuis naast S. mede aansprakelijk is te houden voor de schade die mogelijkerwijs het gevolg is van de door S. gemaakte fout. Nu vaststaat dat S. als zelfstandig specialist in het ziekenhuis werkzaam was — waardoor artikel 6:170 BW toepasselijkheid mist — kan daarvan alleen sprake zijn wanneer het ziekenhuis contractspartij was. In het tussenvonnis van 18 maart 1998 heeft de rechtbank overwogen dat hier veel voor te zeggen is, met name omdat uit de stellingen van partijen valt af te leiden dat Van E. is doorverwezen naar en zich heeft gewend tot de mamma-poli van het ziekenhuis en niet naar respectievelijk tot S. Het ziekenhuis heeft in haar daaropvolgende processtukken niet betwist dat de gang van zaken aldus is geweest, zodat daarvan verder zal worden uitgegaan. Het is, anders dan het ziekenhuis kennelijk meent, niet zo dat de gemiddelde patiënt zich ervan bewust dient te zijn dat hij/zij vervolgens mogelijkerwijs wordt behandeld door een specialist die niet in dienst van het ziekenhuis is. Een patiënt, en zeker een patiënt met de klachten die Van E. had, heeft wel wat anders aan het hoofd. Het had daarom veeleer op de weg van het ziekenhuis gelegen om Van E. te informeren over de aard van de verhouding tussen haar en S. Onder deze omstandigheden kon naar het oordeel van de rechtbank Van E. *voor of ten tijde* van het maken van de afspraak om haar te behandelen redelijkerwijs aannemen, zoals zij onweersproken stelt te hebben gedaan, dat S. in dienst was van het ziekenhuis en (dus) dat zij een overeenkomst met het ziekenhuis, en niet met S., aanging. Dat betekent dat tussen Van E. en het ziekenhuis een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand is gekomen, ongeacht of bij het ziekenhuis de wil daartoe bestond (artikel 3:35 BW). Aangezien bij deze stand van zaken S. in de verhouding tussen het ziekenhuis en Van E. als een hulppersoon van het ziekenhuis is te beschouwen, is het ziekenhuis voor de fout van S. op gelijke wijze aansprakelijk als voor haar eigen gedragingen (artikel 6:76 BW).

2. Het oordeel dat Van E. heeft gecontracteerd met het ziekenhuis heeft tot consequentie dat tussen Van E. en S. zelf geen overeenkomst is gesloten. De aansprakelijkheid van S. is daarom niet — zoals in het tussenvonnis van 1 september 1999 abusievelijk is vermeld — te baseren op een tekortkoming in de nakoming van op hem rustende verplichtingen uit een geneeskundige behandelingsovereenkomst, maar op een nalaten in strijd met de zorgvuldigheid die hij jegens Van E. in acht had moeten nemen (artikel 6:162 BW), welk nalaten daarin bestaat dat hij Van E. niet de definitieve uitslag van de op 11 december 1991 bij haar verricht mammapunctie heeft meegedeeld, waardoor zij niet op de hoogte is gesteld van

het daarbij behorende advies om zich na een half jaar (dus medio 1992) te laten controleren.

3. Indien en voor zover de fout van S. schade bij Van E. heeft veroorzaakt, zijn het ziekenhuis en S. daarvoor dus hoofdelijk aansprakelijk.

4. De rechtbank heeft met het oog op de vraag of, en zo ja in welke mate, er causaal verband bestaat tussen de door S. gemaakte fout en de schade die Van E. stelt te hebben geleden, een deskundigenbericht gelast en tot deskundige benoemd dr I.H.M. Borel Rinkes, chirurg (hierna: deskundige). Aan de deskundige heeft zij de volgende twee vragen gesteld.

I. Zou voor Van E. een betere prognose hebben gegolden wanneer de behandeling van het later bij Van E. geconstateerde carcinoom niet in september 1993 maar al medio 1992 zou zijn aangevangen? Zo ja, kunt u dan, zo mogelijk in getallen (de kans op herstel, de kans op recidive, levensverwachting etc.), aangeven in welke opzichten de prognose beter zou zijn geweest? Wilt u daarbij de kwaliteit van leven betrekken?

II. Kunt u, vanuit uw discipline, verder nog iets opmerken met betrekking tot de vraag of er een causaal verband bestaat tussen enerzijds het feit dat de behandeling van Van E. niet reeds medio 1992, maar pas in september 1993 is aangevangen, en anderzijds de door Van E. gestelde schadeposten (gederfd levensgenot, kosten voor huishoudelijke hulp, vervoerskosten, verlies aan arbeidsvermogen, kosten medische hulpmiddelen)?

5. Op 10 november 1999 heeft de deskundige een rapport uitgebracht, waarin evenwel niet alleen de hierboven genoemde twee vragen maar ook nog een derde, door de advocaat van het ziekenhuis en S. aan de deskundige gestelde, vraag is beantwoord, die aldus luidt: 'hoe waarschijnlijk is het, zo mogelijk uit te drukken in een getal, dat medio 1992 al een carcinoom bij Van E. heeft bestaan?'

Omdat deze vraag in het verlengde ligt van, of een precisering is van (onderdelen van) vraag I en Van E. hiertegen geen bezwaren heeft geuit, zal de rechtbank ook het antwoord op de derde vraag bij haar beoordeling betrekken.

6. Beide partijen hebben erop gewezen dat op het door hun ontvangen afschrift van het rapport van de deskundige diens handtekening ontbreekt. Het originele rapport, dat zich in het griffiedossier bevindt is, zo heeft de rechtbank geconstateerd, wel voorzien van de handtekening van de deskundige en is verder identiek aan de afschriften die partijen hebben overlegd.

7. Hoewel in het kader van de gevorderde verklaring van recht en verwijzing naar de schadestaatprocedure met een min of meer globale beoordeling van het causaal verband kan worden volstaan, dient daarbij toch te worden nagegaan welke schadeposten de benadeelde op het oog heeft of kan hebben. De rechtbank merkt in dit verband het volgende op.

Op 13 december 1997 is Van E. overleden. Aangezien zij in deze procedure partij is — en niet haar nabestaanden *pro se* — kan alleen de schade die zij bij leven heeft geleden, voor vergoeding in aanmerking komen. Voor de door de fout van S. wellicht gemiste kans op overleving, kan anders dan van de kant van Van E. lijkt te worden aangenomen, derhalve geen schadevergoeding worden toegekend.

In het deskundigenbericht ligt, zoals blijkt uit de hierna in deze rechtsoverweging weer te geven opmerking van de deskundige, besloten dat zich bij Van E. kwaadaardig carcinoom zou hebben ontwikkeld, ook indien zij medio 1992 was gecontroleerd. Aangenomen moet daarom worden dat wanneer Van E. medio 1992 zou zijn gecontroleerd, zij eveneens, op enig moment, een operatie zou hebben ondergaan en wel een operatie waarbij — net als bij de op 24 september 1993 verrichte operatie — haar borst zou zijn geamputeerd. Dit laatste leidt de rechtbank af uit de opmerking van de deskundige dat hij het niet eens is met de stelling van de medisch adviseur van Van E. dat het reëel is om te veronderstellen dat medio 1992 met een borstsparende behandeling had kunnen worden

volstaan, welke opmerking van de deskundige door de rechtbank wordt onderschreven nu zij deugdelijk is gemotiveerd met de verwijzing naar de diffuse groeiwijze van lobulaire carcinomen. Tussen de fout van S. en het feit dat Van E. een borstamputatie heeft ondergaan, ontbreekt, zo moet de conclusie luiden, causaal verband.

Het komt er dus op aan of er een verband is te leggen tussen de fout van S. en het feit dat na de operatie (uiteindelijk) geen genezing voor Van E. weggelegd is geweest. Duidelijk is dat bepaalde schades, waarvoor Van E. kennelijk vergoeding wenst, niet zouden zijn ingetreden wanneer Van E. van haar ziekte zou zijn genezen. Te denken is onder meer aan het verlies aan arbeidsvermogen en de behoefte aan huishoudelijke hulp in de periode voor het overlijden van Van E., toen de ziekte weer actief is geworden.

8. De uitgebleven genezing, en de daarop terug te voeren schade, kan als een gevolg van het niet (door)geven van het controleadvies door S. worden beschouwd wanneer medio 1992 voor Van E. een in relevante mate gunstiger prognose (hier te verstaan als kans op genezing) zou hebben gegolden dan in september 1993. Welke die prognose medio 1992 was hangt volgens de deskundige af van het stadium van de ziekte van Van E. op dat moment en wel in de zin dat in het algemeen de prognose ongunstiger wordt naarmate het carcinoom op het moment van ontdekking verder is voortgeschreden. Het is, aldus de deskundige, echter onmogelijk om voor het individuele geval aan te geven wat het ziektestadium medio 1992 zou zijn geweest. Daarover, en dus ook over de toenmalige prognose, kan, zo blijkt voorts uit het bericht van de deskundige, slechts in termen van waarschijnlijkheid worden gesproken. Het causaal verband tussen de fout van S. en de schade, voor zover aan het uitblijven van genezing gerelateerd, kan daarom ook slechts in een percentage worden uitgedrukt.

9. Uit het deskundigenrapport is af te leiden dat medio 1992 de ziekte van Van E. zich in een van deze stadia bevond: 1) er had zich nog geen kwaadaardig carcinoom ontwikkeld, 2) er had zich wel reeds een kwaadaardig carcinoom ontwikkeld maar nog zonder uitzaaiingen en 3) er was reeds sprake van een kwaadaardig carcinoom met uitzaaiingen.

10. De rechtbank begrijpt uit de opmerking van de deskundige dat het ... zeer wel denkbaar (is) dat ook in die fase reeds (*microscopisch*) *lymfekliermetastasen bij patiënte aanwezig waren, welke de prognose toen al ongunstig zouden hebben gemaakt*' (curs. rechtbank) dat juist uitzaaiingen, hoe gering ook, — en niet zozeer het kwaadaardige carcinoom zelf — tot een ongunstige prognose leiden. In dit licht kan genoegzaam worden aangenomen dat in geval dat medio 1992 reeds uitzaaiingen bij Van E. zouden hebben bestaan, haar prognose niet noemenswaardig beter was dan de, naar achteraf gebleken, zeer slechte prognose die zij in september 1993 had. In dat geval moet het causaal verband tussen de fout van S. en het uitblijven van genezing dus geacht worden te ontbreken. Van een althans percentueel causaal verband kan wel worden uitgegaan wanneer er medio 1992 bij Van E. nog slechts sprake zou zijn geweest van de andere twee stadia, waarbij geen uitzaaiingen aanwezig waren. In het geval dat er een (nog) niet uitgezaaid kwaadaardig carcinoom bestond had een operatie (mogelijk of waarschijnlijk?) genezing kunnen brengen en dat geldt wellicht ook in het geval dat zich toen zelfs nog geen kwaadaardig carcinoom had ontwikkeld of nog niet was ontdekt. Dan zou, anders dan het ziekenhuis en S. menen, immers ongetwijfeld een hercontrole-advies zijn gegeven en na hercontrole te eniger tijd de operatie zijn verricht.

11. De deskundige heeft aangegeven 'de kans dat het lobulaire carcinoom (inclusief eventuele uitzaaiingen in de lymfeklieren) bij Van E. reeds medio 1992 bestond' op 80–90% te schatten. De rechtbank deelt de mening van Van E. dat de deskundige hiermee alleen tot uitdrukking heeft gebracht dat er een kans van 80–90% was dat op dat moment al een kwaadaardig carcinoom aanwezig was, maar, gezien het gebruik van het woord '*eventuele*', niet tevens de kans dat er toen al uitzaaiingen

waren, eveneens 80–90% bedroeg. Over de kans op uitzaaiingen medio 1992 bevat het deskundigenrapport geen andere informatie dan dat ‘het ... zeer wel denkbaar (is) dat ook in die fase reeds (microscopisch) lymfekliermetastasen bij patiënte aanwezig waren’. De rechtbank begrijpt hieruit dat in de visie van de deskundige de kans dat er medio 1992 al uitzaaiingen waren ongeveer twee keer zo groot is als de kans dat er toen nog geen uitzaaiingen waren (waaronder begrepen de situatie dat er ook nog geen kwaadaardig carcinoom was).

12. De rechtbank zal de deskundige in zijn oordelen, zoals hier verstaan, volgen en deze tot de hare maken. Dat betekent dat de kans dat er medio 1992 nog geen uitzaaiingen waren, en dus ook de kans op een gunstiger prognose wanneer Van E. in die periode zou zijn onderzocht, op ongeveer 33% moet worden gesteld.

13. Bij die gunstige prognose — die waarschijnlijkheid van 33% zou hebben gegolden wanneer medio 1992 een controle had plaatsgevonden — zou, zo moet worden aangenomen, Van E. een goede kans hebben gehad op volledige genezing, echter, omdat een prognose zelf ook op een kansberekening berust, geen kans van 100%. Aangezien in ieder geval een deel van de schade niet zou zijn geleden wanneer Van E. volledig zou zijn genezen (zie r.o. 7, vierde alinea) volgt hieruit dat Van E. door de fout van S. een reële kans (namelijk 33% van een goede kans) op het uitblijven van deze schade heeft gemist. Dat is voldoende voor het oordeel dat Van E. enige schade heeft geleden als gevolg van de fout van S. De gevorderde verklaring van recht en verwijzing naar de schadestaatprocedure zijn dan ook toewijsbaar.

14. Van E. heeft naast verwijzing naar de schadestaatprocedure reeds in dit geding vergoeding van een tweetal schadeposten gevorderd, te weten a) de (eigen bijdragen in de) kosten van in totaal f 2.015,15 voor prothesen, aangepaste kleding en vervoer in verband met de radiotherapeutische nabehandelingen, en b) kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte en/of kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, welke kosten door haar zijn begroot op f 13.715,64.

15. Van E. lijkt de opvatting te huldigen dat al haar schadeposten naar het percentage van haar gemiste kans op een gunstige prognose voor een vergoeding in aanmerking komen. Deze opvatting is echter onjuist. Nog daargelaten dat, zoals onder 13 is overwogen, bij de vaststelling van het percentage ook moet worden betrokken dat een prognose een kans weergeeft, is er voor een schadebegroting op basis van gemiste kans alleen plaats wanneer er onzekerheid bestaat over het causaal verband, hetgeen voor iedere schadepost afzonderlijk moet worden onderzocht.

16. De bij de schadepost a) genoemde kosten voor prothesen en aangepaste kleding vloeien voort uit de gevolgen van de bij Van E. verrichte borstamputatie. Aangezien tussen de fout van S. en deze operatie geen causaal verband kan worden aangenomen (zie r.o. 7, derde alinea) is de vordering tot een vergoeding van post a) in zoverre niet toewijsbaar. Dit zal in het dictum van dit vonnis worden neergelegd. De kosten van vervoer in verband met de nabestralingen hadden wellicht niet hoeven worden gemaakt indien Van E. zou zijn geopereerd op een moment dat er nog geen uitzaaiingen waren en zijn daarom voor een bepaald percentage op de fout van S. terug te voeren. Het daarvoor te begroten bedrag zal in de schadestaatprocedure worden vastgesteld.

17. Het ligt alleszins voor de hand dat Van E. niet een advocaat zou hebben ingeschakeld wanneer S. haar de definitieve uitslag van de mammapunctie en het daarbij behorende controleadvies had doorgegeven. Tussen de fout van S. en schadepost b) bestaat dus een volledig (en niet slechts een percentueel) causaal verband. Kosten ter verkrijging van een vergoeding buiten rechte en/of ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade worden evenwel vergoed voorzover zij redelijk zijn. Bij de beoordeling van die redelijkheid speelt onder meer een rol — zij het niet zonder meer een doorslaggevende rol — welke de verhouding is tussen het bedrag van deze kosten en het in hoofdsom



toe te wijzen bedrag. In dit laatste bedrag heeft de rechtbank op dit moment nog nauwelijks inzicht. Post b) zal daarom in de schadestaatprocedure (nader) moet worden beoordeeld.

18. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partijen zullen het ziekenhuis en S. worden veroordeeld in de kosten van de procedure, waarin begrepen de kosten van de deskundige die conform zijn declaratie zullen worden begroot op f 4000. S. heeft dit bedrag reeds voldaan. De rechtbank zal een en ander in het dictum tot uitdrukking brengen.

(enz.; red. VR)

## Noot

Auteur:

### Noot

1. Dit vonnis van de Rechtbank Den Haag<sup>[1]</sup> bevat een nadere uitwerking van de toepassing van proportionele aansprakelijkheid die niet eerder in literatuur en rechtspraak aan de orde kwam. De rechtbank overweegt dat 'voor een schadebegroting op basis van gemiste kans alleen plaats (is) wanneer er onzekerheid bestaat over het causaal verband, hetgeen voor iedere schadepost afzonderlijk moet worden onderzocht' (r.o. 15). Dit onderzoek per schadepost leidt in casu tot een uitsplitsing in drie categorieën schadeposten. De eerste categorie zijn schadeposten die in het geheel niet voor vergoeding in aanmerking komen omdat zij niet in causaal verband staan met de kunstfout. De rechtbank oordeelt dat de benadeelde ook zonder de fout op enig moment een borstamputatie zou hebben ondergaan (r.o. 7, derde alinea). Kosten die vanwege die operatie zijn gemaakt (prothesen, aangepaste kleding) hoeft de gedaagde daarom niet te vergoeden (r.o. 15). De tweede categorie zijn schadeposten die op basis van een kansberekening slechts voor een nader te bepalen percentage voor vergoeding in aanmerking komen omdat het causaal verband met de kunstfout 'slechts in een percentage kan worden uitgedrukt' (r.o. 8). De rechtbank noemt het verlies aan arbeidsvermogen en de behoefte aan huishoudelijke hulp in de periode voor het overlijden van de benadeelde (r.o. 7, laatste alinea) alsmede de kosten van vervoer in verband met de nabestralingen (r.o. 16). De derde categorie betreft schadeposten die volledig voor vergoeding in aanmerking komen omdat het causaal verband met de kunstfout vaststaat. Dit betreft de kosten van de buitengerechtelijke rechtsbijstand, waarvan vaststaat dat zij zonder de kunstfout niet zouden zijn gemaakt. Voor een deel geen vergoeding dus, voor een deel een proportionele, en voor een laatste deel een volledige.

2. Deze gedifferentieerde benadering per schadepost lijkt vanzelfsprekend en is in lijn met de beslissing van de Hoge Raad in het Baijings-arrest<sup>[2]</sup> dat een proportionele benadering pas als subsidiaire optie aan de orde komt, dus pas dan wanneer een precieze vaststelling van schade c.q. causaal verband<sup>[3]</sup> niet mogelijk is. Het door Giesen geopperde bezwaar, dat deze gedifferentieerde benadering voor rechter en partijen extra werk met zich brengt hetgeen 'niet direct verenigbaar (lijkt) met de tendens tot normering en standaardisering welke nu juist gericht is op de vereenvoudiging van het debat tussen slachtoffer en laedens'<sup>[4]</sup>, deel ik niet. Bij de buitengerechtelijke schadeafwikkeling wordt de discussie over de schade-omvang sowieso al per schadepost gevoerd, en voor zover partijen er niet uitkomen moet de rechter sowieso al per schadepost beslissen. Dat kan gewoon niet anders, gezien het beginsel dat de werkelijk geleden schade volledig moet worden vergoed (ook Giesen wijst

daar op). Van een werkelijk relevante hoeveelheid extra werk zal niet snel sprake zijn. Waar dat anders is, is het aan partijen zelf om de lasten tegen de baten af te wegen. Dit daargelaten dat nog moet worden afgewacht wat van de bedoelde 'tendens' daadwerkelijk terecht komt.

3. Een geval apart is smartengeld. Aan een bespreking van deze schadepost kwam de rechtbank niet toe, vermoedelijk omdat hier slechts een verklaring voor recht werd gevorderd. Ook bij deze post lijkt de toepassing van het in een proportionele benadering te hanteren kanspercentage niet zonder meer vanzelfsprekend. Stel dat vaststaat dat een ernstige kunstfout werd gemaakt, maar dat het gestelde nadeel slechts met een vrij beperkte waarschijnlijkheid door die fout werd veroorzaakt, bijvoorbeeld met 10%. Dan lijkt het redelijk om aan te nemen dat vanwege de aanzienlijke mogelijkheid dat het letsel uit de eigen risicosfeer stamt, minder immaterieel nadeel is geleden dan wanneer het causaal verband tussen fout en nadeel zonder meer vast zou staan. Maar die vermindering hangt van allerlei omstandigheden af, niet in de laatste plaats van de subjectieve beleving van de benadeelde, en bedraagt zeker niet noodzakelijk 90%. Peeperkorn heeft wel geopperd om, zelfs wanneer materiële schadevergoeding in zijn geheel wordt afgewezen omdat het causaal verband onvoldoende zeker is, wél smartengeld toe te kennen wegens aantasting van de persoon door de kunstfout en het eventueel daaraan verbonden meerdere leed en pijn<sup>[5]</sup>. Van de Duitse (lagere) rechter is mij ook een uitspraak in deze zin bekend<sup>[6]</sup>. Nu is Peeperkorn een prominent tegenstander van de proportionele benadering, en zou hij bij een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 10% de vordering voor wat de materiële schade betreft waarschijnlijk in zijn geheel afwijzen<sup>[7]</sup>. Maar ook wanneer men in zo'n geval een proportionele schadevergoeding van 10% toewijst<sup>[8]</sup>, is het niet vanzelfsprekend om dat percentage ook op de immateriële schade los te laten. Een dergelijke cijfermatige benadering kan bij gebrek aan beter wel een bepaalde indicatie geven, maar lijkt toch minder te passen bij de vaststelling naar billijkheid van smartengeld<sup>[9]</sup> dan bij de begroting van vermogensschade. De beste aanpak lijkt mij nog dat de rechter, net als in andere gevallen, voor immateriële schade een vergoeding naar billijkheid vaststelt met inachtneming van alle omstandigheden, de beperkte veroorzakingswaarschijnlijkheid daaronder begrepen.

4. Opgemerkt zij nog dat de rechtbank overweegt dat geen schadevergoeding kan worden toegekend voor een verloren *kans op overleving* (r.o. 7, 2e alinea). Na het overlijden van de benadeelde is de procedure op haar naam voortgezet door de erfgenamen. Alleen de benadeelde zelf is partij, en aan haar kan wegens haar overlijden geen schadevergoeding worden toegekend (uiteraard wel aan haar nagelaten betrekkingen ex. art. 6:108). Dus kan daarvoor ook geen gedeeltelijke schadevergoeding worden toegekend in het kader van een proportionele vergoedingsplicht. In zoverre kan men inderdaad zeggen dat in casu geen schadevergoeding toewijsbaar is voor een verloren kans op overleving. Dat kan alleen voor schade die de benadeelde zelf tijdens haar leven heeft geleden. Gebeurt dat proportioneel, dan kan men zeggen vergoeding toe te kennen voor een verloren *kans op genezing* (vgl. r.o. 8).

*prof. mr A.J. Akkermans*

#### Voetnoten

[1]

Ook besproken door Giesen in TVP 2000, p. 94 e.v.

[2]

HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257.

[3]



---

Bij problemen van onzekerheid zoals hier aan de orde zijn schade en causaliteit vaak uitwisselbare perspectieven. Zie mijn noot onder Hof Arnhem 14 december 1999, VR 2001, 19 (in dit nummer van Verkeersrecht).

[4]

TVP 2000, p. 97.

[5]

VR 1998 p. 323.

[6]

OLG Jena, 3 december 1997, VersR 1998, 586 m. Anm. Terbille in VersR 1999, 235. Zie voorts Kullmann, VersR 1999, p. 1190 e.v.

[7]

Zie t.a.p.

[8]

Zie bijv. Rb. Middelburg 11 maart 1998, VR 1998, 170, NJ 1999, 41.

[9]

Zie art. 6:106 lid 1.